

## ● 論 説 ●

# 刑法教育における 構成要件の図式化の試み

法科大学院客員教授 杉山 博亮

## 第1 本稿の意図

### 1 刑法における要件事実論的思考の必要性

権利の変動を定める実体法の規定においては、その法律要件（構成要件）を構成する抽象的事実（要件事実）を充足する具体的事実（主要事実）が存在することにより、その法律要件と結び付けられた一定の法律効果（権利の発生・変更・消滅・取得・喪失という権利変動やそのような権利変動の障碍）が発生することが規定されている。

民事訴訟においては、原告・被告が、自己に有利な法律効果を発生させる法律要件の主要事実の存在を主張・立証して争う。そのため、その法律効果を発生させる法律要件の要件事実はどうのようなものか、その事実の存在を要件事実と構成するかそれともその反対事実の不存在を要件事実とするのか、等が重要になる。要件事実がどのように構成されるかで、その法律効果の発生を主張する者と不発生を主張する者との訴訟における有利・不利が決まってしまうから、それは訴訟当事者にとって切実な問題であり、この問題が決まらなければ、民事訴訟はできないと言っても過言ではないだろう。そのため、法曹養成教育においては、必ずこのような「要件事実論」を学ぶことになる。また、要件事実論を学ぶことによって、自分がそれまでに学んできた実体法の知識が、訴訟上どのような意味をもつのかにつき、明確な認識をもつことにもなる。

刑法も、また実体法であり、特に、刑法典第2編「罪」に規定された各条項は、各犯罪の特別構成要件とその法定刑を結び付けることにより、その犯罪を実現した行為者に対する関係で、処罰主体である国家に、その法定刑にあたる国家刑罰権が発生することを規定しているのであり、「権利変動を規定した実体法」であるといえる。

それゆえ、犯罪と刑罰を定めた刑法の各条項は、それぞれ法律要件と法律効果を決めたものであって、その法律要件（構成要件）の部分に対しては、実体私法についてと同様に、要件事実的な分析が可能である。のみならず、それに最も適している分野ですらあるように、私には思われる。

しかしながら、刑法各論の教科書・体系書をみても、各犯罪の保護法益、法的性質、構成要件の概要に対する説明はなされているものの、その構成要件がどのような要件事実（構成要件要素）によって構成されているかについて踏み込んで分析し解説されているものは見当たらない。また、コンメンタールにおいても、各犯罪を規定した各条項の「文言」ごとの解説はなされていても、その構成要件がいくつかの構成要件要素（要件事実）から成るとの分析はなされてはいない。しかし、言うまでもなく、その条項を組成している「文言」と、その条項によって規定されている構成要件の構成要件要素とは、別ものである。

例えば、殺人罪について規定した刑法第199条は「人を殺した者は」と規定しているが、殺人罪の構成要件は「人」および「殺した」という2つの構成要件要素から成り立っているわけではない。それは、①実行行為（人を死亡させる現実的危険のある行為）、②結果（人の死亡）、③因果関係（実行行為と結果との間の原因・結果の関係）、④構成要件の故意、の4つの構成要件要素から成っている、というのが、おそらく現在の一般的な理解である。

このように、条項の文言を構成要件要素へと変換することのメリットは、少ない。殺人罪の構成要件が、このような4つの構成要件要素から成ると理解することで、上記の①から④までに該当する事実があるか否かを検討することで、だれもが殺人罪の構成要件該当性を判断することができるようになる。もし、単に条項の文言を分解しただけの「人」を「殺した」か、という原始的な問いだけで検討をするならば、適切な判断は不可能である。それゆえ、本来であれば、殺人罪だけでなく、すべての犯罪につき、このような構成要件要素を明らかにする作業が必要不可欠なのである。殺人罪は、多くの人がイメージする犯罪の典型であり、また、多くの犯罪の原型である「結果犯・故意犯」の典型例である。しかも、身分や目的といった余計な要素も付いていないので、刑法総論の講義でも、例示として最も用いられやすい。そこで、殺人罪については、それが、いくつかの、どのような構成要件要素によって成り立っているかという分析がなされている。しかし、窃盗罪については、そのような分析はなされていない。刑法第235条を組成している「窃取」という文言について、「占有者の意思に基づかないで、財物をその占有から離脱させ、

自己または第三者の占有下に移すこと」という定義付けがなされているにすぎない。それは、①実行行為、②結果、③因果関係、というようには分析されていない。しかし、殺人罪についてそうであるように、きちんとだれもが構成要件該当性を判断することができるようにするためには、このような分析は、窃盗罪についても必要なのはなのである。

しかも、このような構成要件要素の抽出は、ある犯罪について規定した条項の文言から機械的・自動的に導き出すことができるものではない。解釈者の意向が反映する、高度な価値判断を伴う作業である。つまり、同じ文言によって規定された犯罪でも、それがいくつの、どんな構成要件要素から成る、どのような構成要件であるかは、解釈者によって異なったものとなる。

そこで、もちろん、刑法各論の体系書に書かれている各犯罪の保護法益や法的性質に関する議論の重要性を疑うものではないが、それを各論者の解釈論として構成要件要素にまで落とし込むことをするならば、その議論が、実際どのような構成要件の違いとして現実化し、どのような適用の違いをもたらすのかというところまで、だれの目にも明確になり、その議論の価値がより明瞭になるのではないか、と思われるのである。

## 2 構成要件の図式化の試み

上記のとおり、刑法第199条の殺人罪は「人を殺した」場合であるが、その構成要件要素は、①実行行為（人を死亡させる現実的危険のある行為）、②結果（人の死亡）、③因果関係（実行行為と結果との間の原因・結果の関係）、④構成要件の故意、の4つに整理される。もちろん、これは、

- ①実行行為（人を死亡させる現実的危険のある行為）
- ②結果（人の死亡）
- ③因果関係（実行行為と結果との間の原因・結果の関係）
- ④構成要件の故意

というように列挙するだけでも、問題はない。しかし、構成要件を構成する各構成要件要素は、単にそれが存在しているというだけでなく、それが有機的に結びつくことで、構成要件という1つの構造物を形成している。そうであれば、このように、単に一列に列挙するだけでなく、その構造に近く、二次元的に表現することは

できないか。そうすることは、各構成要件について視覚的なイメージを提供することになり、記憶へも定着しやすくするだろうし、構成要件相互の違いを比較する際にも一目瞭然となる。

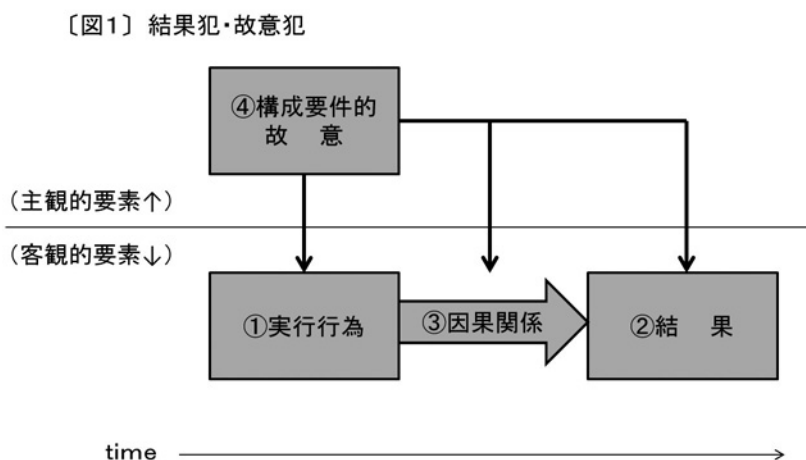
そこで、本稿では、犯罪構成要件について、上述したような要件事実論的な整理をしたうえで、さらにこれを二次元的に図式化して説明する、という刑法各論の教育方法について、実際に具体例としていくつかの犯罪構成要件についての整理を試みながら、私案を展開することとしたい。

## 第2 犯罪構成要件図式化の私案

### 1 基本的なルール

まずは、犯罪構成要件図式化の私案について、基本的なルールを説明したい。例えば、殺人罪の犯罪構成要件は、上記のとおり、①実行行為（人を死亡させる現実的危険のある行為）、②結果（人の死亡）、③因果関係（実行行為と結果との間の原因・結果の関係）、④構成要件の故意、の4つに整理される。

私案では、これを、次のように図式化する。



まず、個々の構成要件要素は、基本的には、四角の図形で表示し、その中にその名称を書き入れる。ただ、因果関係については、矢印図形を用い、その中に「因果関係」と書き入れることにする。

水平線を引き、各構成要件要素は、その上下に配置する。水平線の下側に「客観的構成要件要素」を、上側に「主観的構成要件要素」を配置することにする。

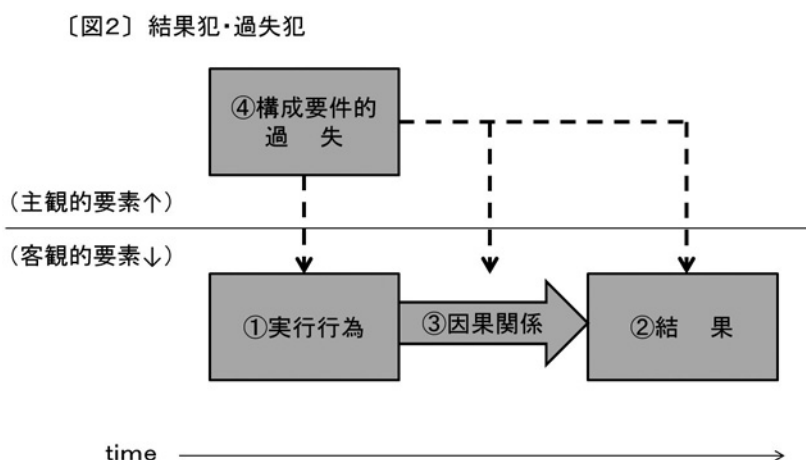
図の左右は、時間軸を表し、時間は、左から右方向へ流れているものとする。そ

のため、上図では、実行行為が結果よりも時間的に先行して存在することが示されていることになる。また、因果関係は、時間的に、実行行為と結果との間に位置することが示されている。

構成要件の故意を表す四角は、実行行為を表す四角の垂直上に配置する。構成要件の故意は、実行行為の際に必要なものであることを表すためである。

構成要件の故意を表す四角から出ている3本の矢印は、構成要件の故意が、それぞれ「実行行為」「結果」「因果関係」に対する認識であることを示している。なお、厳密に言えば、実行行為を指している矢印は、構成要件の故意と同時期に存在する対象に対するものであるから「認識」であり、結果・因果関係を指している矢印は、構成要件の故意の存在時点からは将来に位置する出来事なので、これらについては「予見」である。

殺人罪は、結果犯であり、かつ故意犯である犯罪の典型例であるため、上記〔図1〕のようになる。これが、過失犯になると、次の〔図2〕ようになる。



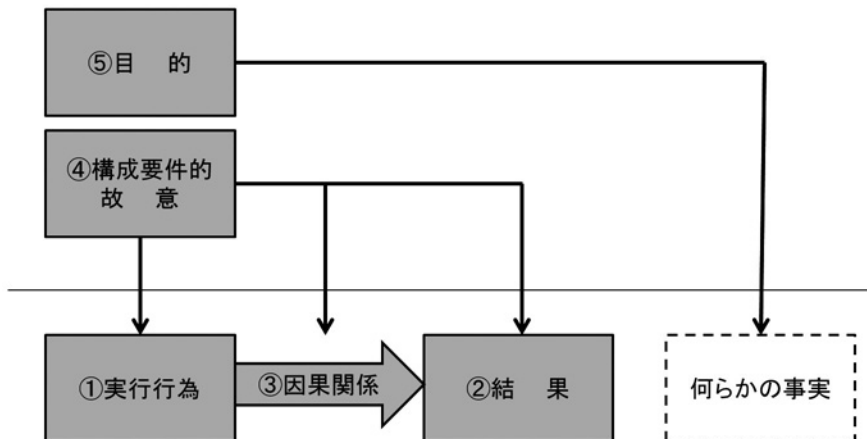
④のところが「構成要件の過失」へと変更され、その四角から突き出した3本の矢印も「点線」に変更されている。実線が「認識／予見」を表していたのに対し、点線は「認識可能性／予見可能性」を表す趣旨である。

もっとも、過失犯の構造をどのように解するかをめぐっては、刑法学上厳しい対立があり、過失犯の構成要件をこのように理解し、表記することには、当然に異論も予想される。

次に、目的犯の場合は、次の〔図3〕ように表記する。

構成要件の故意は、実際に実現された客観的構成要件要素たる事実が内心に反映

〔図3〕 結果犯・目的犯

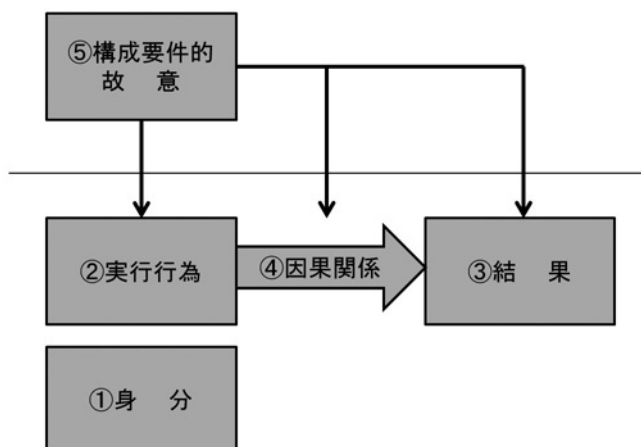


したものであるが、「目的」などの超過的内心傾向は、客観的構成要件要素とはされていない「何らかの事実」を行為者が意図して実行行為に及んだ、ということを構成要件要素としたものである。この何らかの事実は、例えば、通貨偽造罪であれば、偽造通貨の「行使」であるし、営利目的誘拐罪であれば「営利を得ること」となる。この「何らかの事実」自体は客観的構成要件要素ではなく、構成要件的には発生している必要はないから、これを表す四角は、点線で描いている。

また、目的は、このような「何らかの事実」の発生を予期していたものであるから、そこから「何らかの事実」に対する実線の矢印を引いた。

次に、身分犯については、次の〔図4〕ように表記する。

〔図4〕 結果犯・身分犯

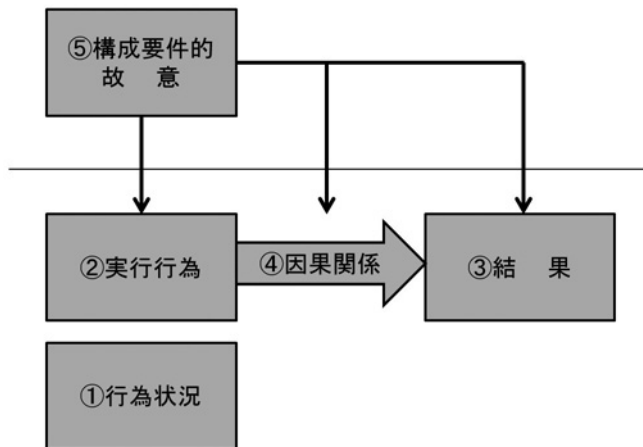


身分は、実行行為時に存在することが要求されるので、基本的には、実行行為の存在する垂直線上に描くことになる。また、客観的構成要件要素であるので、水平線よりは下に描くことになる。

なお、構成要件の故意から出た矢印は、直接「身分」を指し示していないが、構成要件の故意は、客観的構成要件要素たるすべての事実を認識の対象とするものであるから、当然に「身分」をも認識しなければならない。「実行行為」へ向かっている矢印が、一応、それを表している趣旨である。

また、消化妨害罪（刑法第114条）における「火災の際」のように、一定の行為状況の下で実行行為がなされたことが必要とされる構成要件でも、「身分」と同様に、これも次の〔図5〕のように表記する。

〔図5〕 結果犯・行為状況



以上が、私案による構成要件図式化の基本的な表記のルールである。

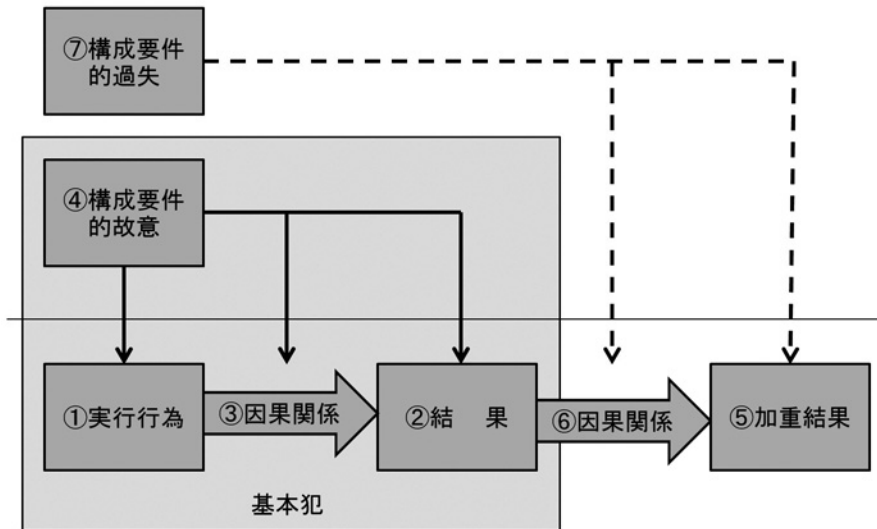
以下では、このような表記法を用いて、いくつかの犯罪構成要件について適宜検討を加えることで、具体例を示していくことにする。

## 2 建造物損壊致死罪

刑法第260条は「他人の建造物又は艦船を損壊した者は、五年以下の懲役に処する。よって人を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」と規定する。前段が建造物等損壊罪であり、後段が同致死傷罪である。

結果的加重犯の典型例として、建造物損壊致死罪の構成要件を図式化してみると、次の〔図6〕のようになるだろう。

〔図6〕 結果的加重犯



結果的加重犯は、行為者が基本犯を犯し、更に予期せぬ重い結果（加重結果）が発生した場合に、基本犯よりも加重して処罰するものである。〔図6〕で、四角く囲ってある部分が「基本犯」であり、ここが建造物損壊罪を表す。結果的加重犯の場合は、基本犯の構成要件要素（①～④）に加えて、客観的構成要件要素としては、⑤加重結果、⑥基本犯の結果と加重結果との間の因果関係が必要とされよう。

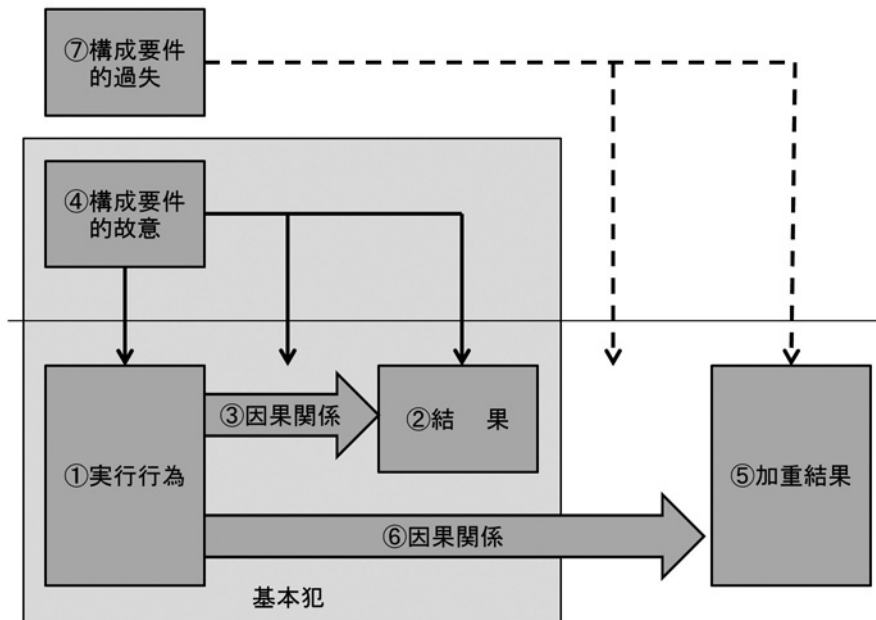
もっとも、この点については、異論があり得よう。実行行為（①）と加重結果（⑤）の間に因果関係があればよく、基本犯の結果（②）との間に因果関係が必要とされるわけではない、という構成も考えられるからである。例えば、行為者が重機を使って被害者の自宅を損壊しようとしたところ、これを阻止しようとした被害者が、重機のアームにぶつかって死亡したという場合、被害者の死亡と建造物の損壊の「結果」との間には因果関係がないが、建造物を損壊しようとした「実行行為」との間には因果関係があることになる。そこで、このような場合をも建造物損壊致死罪で処罰しようとするれば、このように構成する必要がある。

もしこのように考えるのであれば、〔図6〕は、次の〔図7〕のように変更されるべきことになる。

また、主観的構成要件要素としては、結果的加重犯の場合に、加重結果に対する「構成要件の過失」ないし「予見可能性」が必要かという問題がある。判例・少数説は、これを要求しないが（最判昭26・9・20刑集5巻10号1937頁）、通説はこれを要求し、結果的加重犯は、故意犯と過失犯との複合形態であると理解する。<sup>（注1）</sup>上記



〔図7〕 結果的加重犯



〔図6〕および〔図7〕は、いずれもこのような立場に立って描かれている。

### 3 暴行罪

刑法第208条は「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、二年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する」として、暴行罪について規定している。

暴行罪の実行行為である「暴行」については、人の身体に直接向けられた有形力の行使といわれている。

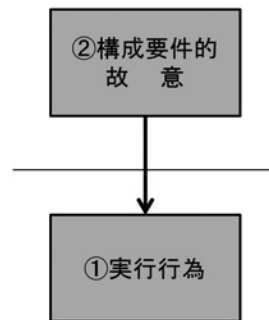
暴行罪が成立するためには、身体的接触が必要かという議論がある。例えば、人に向かって石を投げつけた場合に、命中しなければ暴行罪が成立しないか、である。もし、命中しなければ暴行罪が成立しないと考えるのであれば、暴行罪は、結果犯となる。これに対し、命中しなくても暴行罪が成立すると考えるのであれば、暴行罪は、<sup>(注2)</sup> 挙動犯となり、「結果」「因果関係」をもたない構成要件となる。

挙動犯と考えるのであれば、暴行罪の構成要件は、次の〔図8〕のようになる。

ところで、条文上は「傷害するに至らなかったとき」と明記されている。そこで「傷害という結果が生じなかった」という「結果」が構成要件要素ではないか、と考える余地がある。しかし、このような消極的事実を「結果」とすべきではないだ

ろう。仮にこの場合、これを「結果」と考えると、実行行為とこの結果との因果関係も、必然的に要求されることとなるであろうが、この場合、条件関係を考えてみると「実行行為（暴行）がなかったならば、結果が発生したか」を問うことになり、まったく意味不明な状況となる。

〔図8〕 挙動犯



それゆえ、傷害という結果が発生しなかったことは、暴行罪の結果ではないというべきであろう。したがって、傷害の結果が発生した場合にも、暴行罪の構成要件には該当していると解すべきである。ただ、この場合は、傷害罪が成立してしまうので、補充関係にある暴行罪は、罪数処理の際、法条競合により、その成立が排除されるのだ、と解すればよい。

#### 4 傷害罪

刑法第204条は「人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する」と規定する。一見すると故意犯に見える条項だが、暴行罪との関係から、暴行罪の結果的加重犯であると解するのが判例である。一方、学説では、故意犯としての傷害罪と、暴行罪の結果的加重犯としての傷害罪の2つの類型を認める説が通説となっている。<sup>(注3)</sup>

暴行罪の結果的加重犯としての傷害罪の構成要件は、次の〔図9〕のように描くことができる。

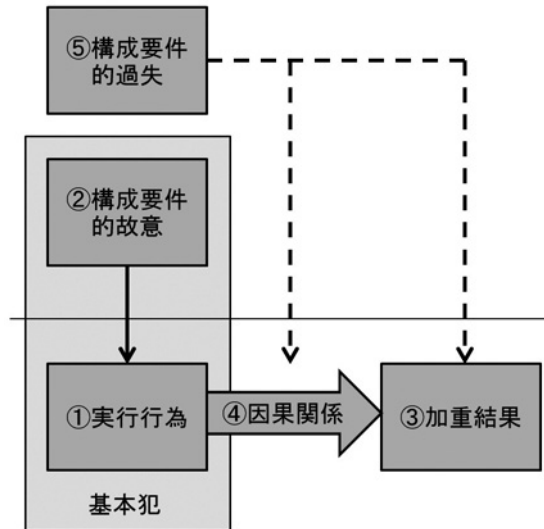
結果的加重犯の場合、通常、基本犯は「結果犯」であることが多いが、この場合は、基本犯が「挙動犯」である点が特徴的である。

#### 5 傷害致死罪

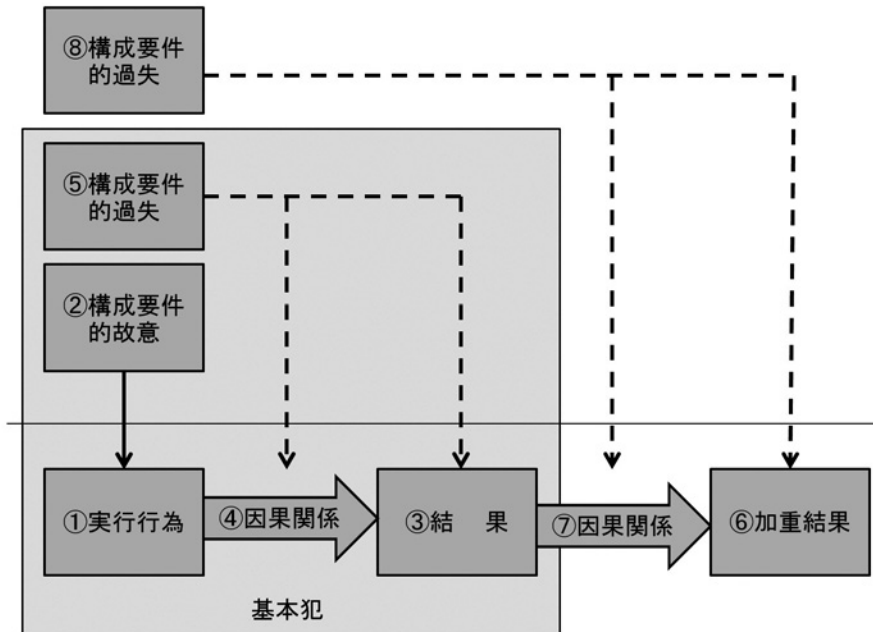
刑法第205条は「身体を傷害し、よって人を死亡させた者は、三年以上の有期懲役に処する」として傷害致死罪について規定する。

傷害致死罪は、傷害罪を基本犯とする結果的加重犯であり、傷害罪自体が暴行罪の結果的加重犯であることから、傷害致死罪は「二段の結果的加重犯」となる。

〔図9〕 結果的加重犯(基本犯が挙動犯の場合)



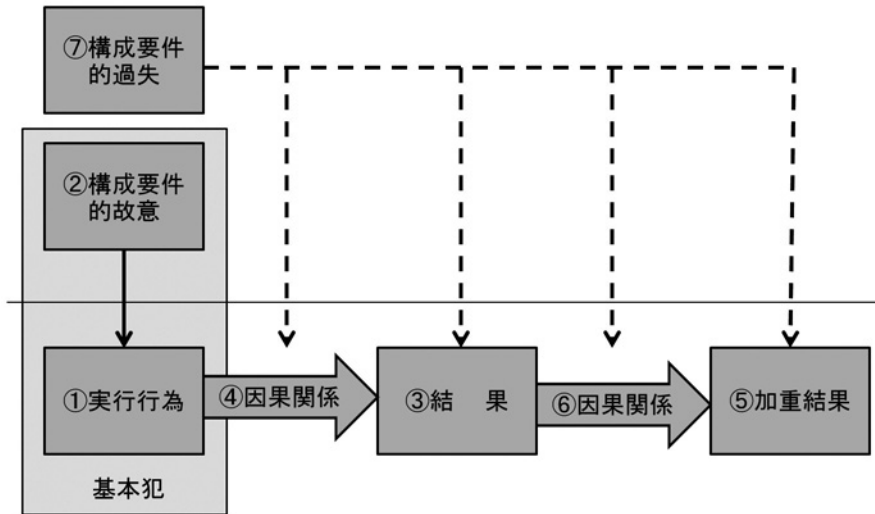
〔図10〕 結果的加重犯(基本犯が結果的加重犯の場合)



傷害致死罪の構成要件を図式化すると、次の〔図10〕のようになる。

もっとも、このような「二段の結果的加重犯」の構成要件は、もう少し整理して、次のように描いてもよいかもしれない。

〔図11〕 結果的加重犯(基本犯が結果的加重犯の場合)

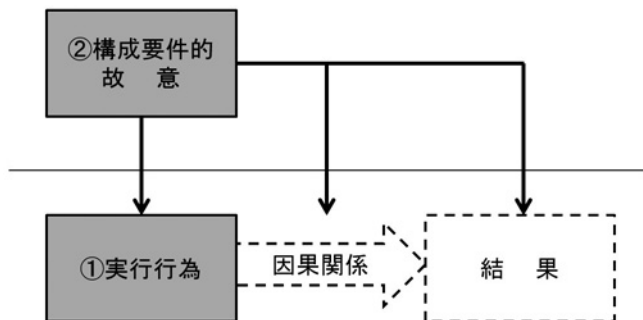


## 6 未遂罪

刑法第43条は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」を未遂とし、同法第44条は「未遂を罰する場合は、各本条で定める」と規定する。

例えば、刑法第203条において処罰するものとされている殺人未遂罪においては、①実行行為、②結果、③因果関係、④構成要件の故意、という殺人既遂罪（第199条）の構成要件要素のうち、②と③は欠けてよく、①および④のみで足りるとされる。そこで、この説明に従えば、殺人未遂罪の構成要件は、次の〔図12〕のように描くことができる。

〔図12〕 未遂罪



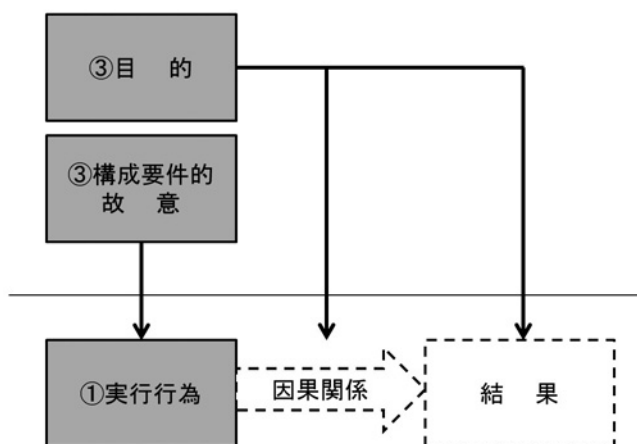
殺人未遂は、行為者が人を殺すつもりで実行行為に及んだが、殺すことができなかった（被害者は死亡しなかった、あるいは被害者は死亡したが実行行為との間に

因果関係がなかった) 場合であるから、既遂罪の構成要件の故意と同一の心理状態で行為に及んだことが必要とされる。

しかし、構成要件の故意において要求される「認識」や「予見」は、客観的事実が内心に反映したものであって、客観的事実を超える内心傾向ではない。ところが、結果として、犯罪が未遂に終わった場合は、「結果」や「因果関係」は、客観的には存在しない。したがって、これに対する「認識」や「予見」というものは本来ありえない。それはせいぜい「誤認」や「予期」である。そこで、未遂犯人の内心にある心理状態は、仮に既遂になったならば既遂罪の構成要件の故意になっていたであろう心理状態ということはできても、既遂罪の構成要件の故意それ自体ではない。未遂罪における構成要件の故意といえるのは、客観的に存在する「実行行為の認識」の部分にとどまる。それを超える結果や因果関係の予期は、一種の「目的」である。そこで、未遂罪は、目的犯と同様の構造をもつと言われるのである。

そこで、このような理解に基づいて、〔図12〕を修正すると、未遂罪の構成要件は、次の〔図13〕のように描くことができる。

〔図13〕 未遂罪



## 7 詐欺罪

刑法第246条第1項は「人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する」として、詐欺罪について規定する。

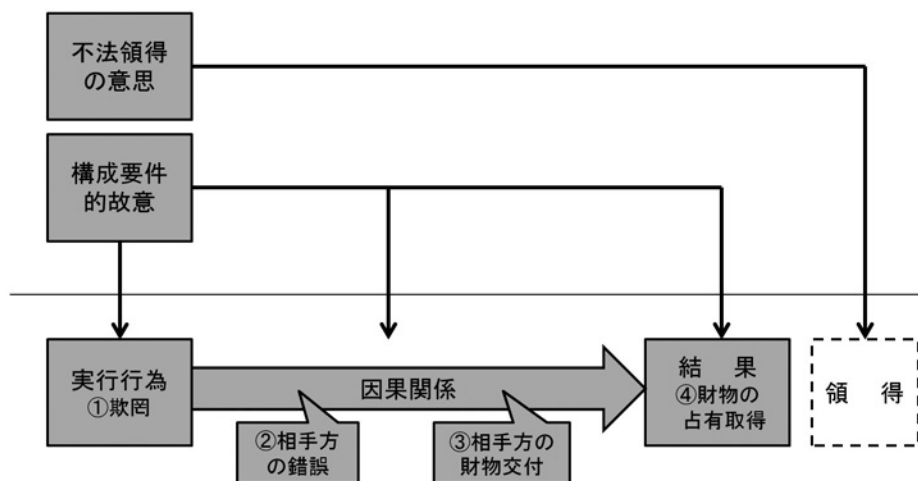
詐欺罪（1項）が成立するためには、行為者の欺罔行為（①）により、相手方が錯誤に陥り（②）、この錯誤に基づいて相手方が財物を交付し（③）、その結果、行為者または第三者が財物の占有を取得すること（④）が必要であると言われる。

つまり、詐欺罪が成立するためには、①欺罔→②錯誤→③交付→④占有取得、という一連の過程を経る必要がある。

このうち、①が実行行為、④が結果であることはよいとしても、②や③をどのように位置づけるか。1つの考え方は、これは因果関係の経路であるとする。すなわち、①実行行為（欺罔）によって、④結果（財物の占有取得）の間をつなぐ「因果関係」は、通常であれば、相当因果関係である限りどのような経路をたどろうとも限定はないが、詐欺罪の場合には、②相手方の錯誤、③相手方による財物の交付、という経路をたどることが限定づけられた特殊な因果関係であると理解するのである。<sup>(注4)</sup>

この考え方に従えば、詐欺罪（1項）の構成要件は、次の〔図14〕のように描くことができる。

〔図14〕詐欺罪(1)



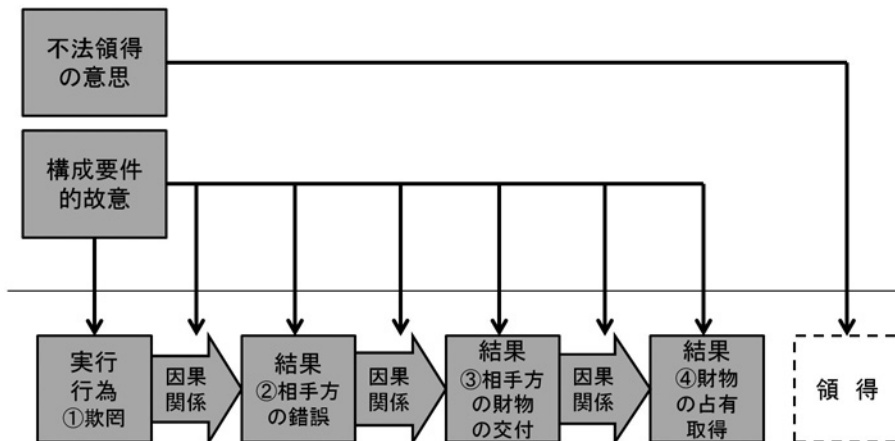
もう1つの考え方は、②相手方の錯誤、③相手方による財物の交付を、それぞれ「結果」と位置づける考え方である。

これによれば、詐欺罪（1項）は、次の〔図15〕のようになる。

いずれの構成も、むろん可能であるが、それぞれに長所・短所があろう。

前者の場合は、構成要件要素の数は少なくなり、シンプルである点はいいが、因果関係について、相当因果関係を更に限定した「特殊な因果関係」と説明しなければならない点はマイナスであろう。他方、後者の場合は、構成要件要素の数は増えてしまい、ややごちゃごちゃするものの、そこに登場する構成要件要素自体は、特殊なものではなく、総論的な議論に修正を施す必要がない。

〔図15〕詐欺罪(2)



この問題は、結局のところ、実行行為から最終的な結果に至るまでの「経由地」をどのように扱うかという問題であるが、結論的には、これも一種の「結果」と扱う后者のほうが、一貫性があり、説明としての汎用性も高いように思われる。

結果犯における実行行為は、原則的に「結果発生の現実的危険のある行為」とであるとされるが、②相手方の錯誤、③相手方の財物の交付、④財物の占有取得、のそれぞれを「結果」と解することにより、詐欺罪の実行行為がどのようなものでなければならないかについて、この原則論をそのまま用いて説明することができる。つまり、詐欺罪の欺罔行為が、相手方を錯誤に陥れる現実的危険のある行為でなければならないことや、さらにその錯誤もどのようなものでもよいというわけではなく、相手方に財物の交付をさせるような錯誤でなければならないことも、結果犯の実行行為は一般に「結果発生の現実的危険のある行為」でなければならない、という公式から説明できる。この点も、后者の構成の長所であろう。

## 8 窃盗罪・占有離脱物横領罪

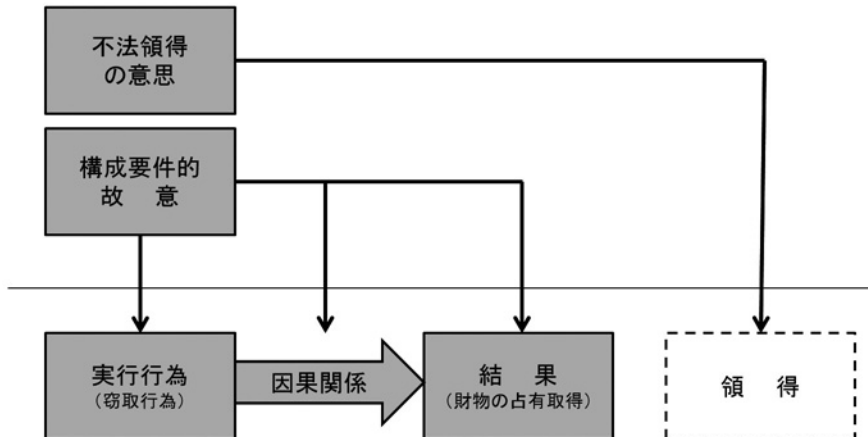
刑法第235条は「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する」として、窃盗罪について定める。

ここに「窃取」とは、占有者の占有する財物について、その意思に基づかないでこれを占有者の占有下から離脱させ、自己または第三者の占有下に移すことであると説明される。それゆえ、同条の「窃取した」という文言は、「実行行為」のみならず、「結果」をも含むものである。同条は、挙動犯ではなく、結果犯であり、行為者または第三者が財物の占有を取得したことが「結果」であり、この「結果」が

発生してはじめて既遂となると解されている。<sup>(注5)</sup>

そこで、この点を踏まえて、窃盗罪の構成要件要素を描き出すならば、次の〔図16〕のようになることが、まず考えられる。

〔図16〕窃盗罪(1)



しかし「窃取」という概念をよく見るならば、それは2つの段階から成っていることが分かる。すなわち、第1段階は、占有者の意思に基づかないで、その占有する財物をその占有下から離脱させることであり、第2段階は、その占有から離脱された財物を行為者または第三者の占有下に入れることである。むろん、この2つの段階は、ほとんど同時になされることもあり、占有者からの占有離脱とほぼ同時に行行為者が占有を取得するというのが、大多数であろう。しかし、そうであったとしても、ともかく、その2つは概念上区別できる。

そこで、このような分析を踏まえて、窃盗罪の構成要件を描き出すならば、次の〔図17〕のようになる。

ところで、このように分析し、図式化することの教育上のメリットは、この場合であれば、次の事例を解説する際に現れる。

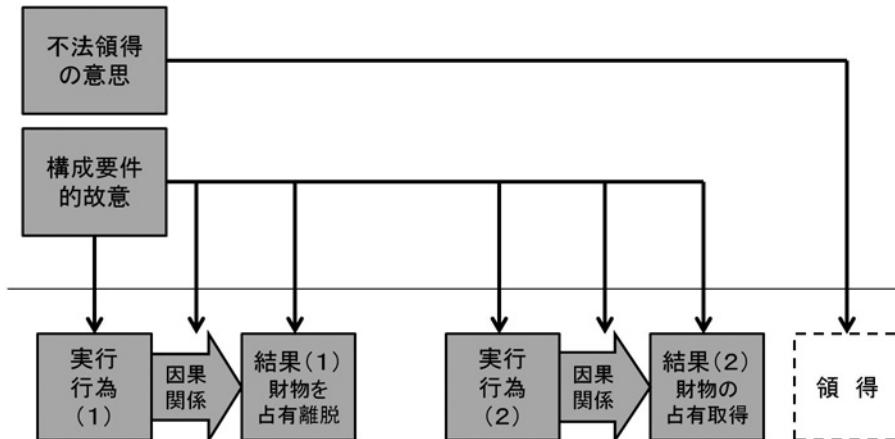
-----

〔事例1〕 Aは、公園のベンチの上にあったバッグを見て、だれかが置き忘れた物（占有離脱物）だと思い、それを自分の物にしてしまう意図で持ち去った。しかし、そのバッグは、近くでバドミントンをしていたXがそこに置いておいた物（占有物）だった。この場合のAの罪責いかん。

-----



〔図17〕 窃盗罪(2)



この事例1において、Aは、客観的には、窃盗罪の構成要件を充たす事実を実現している。しかし、主観的には、占有離脱物横領罪（刑法第254条）の故意ではなく、窃盗罪たる事実を認識していない。したがって、Aには、窃盗罪の故意がなく、窃盗罪は成立しない。

では、占有離脱物横領罪は成立するか。これは主観面の問題ではなく、客観的事実として窃盗罪と占有離脱物横領罪の事実が重なり合うか、という問題である。

この問題を考えるとき、窃盗罪の客体である「他人の占有する財物」と、占有離脱物横領罪の客体である「他人の占有を離れた財物」の論理関係を考えるならば、両者の関係は「A」と「非A」の関係であるから、両者は「重なり合わない」という評価に流れやすい。

むろん、窃盗罪のほうが占有離脱物横領罪よりも法定刑が重いことに加え、窃盗罪は「占有」と「本権」の双方を侵害するのに対し、占有離脱物横領罪は、占有は侵害せず「本権」のみを侵害する犯罪である、などというような評価的な考察を重ねることによって、窃盗罪と占有離脱物横領罪とは、実質的には、占有離脱物横領罪の限度で重なり合っている、などという説明をすることは可能である。

しかし、上に示した〔図17〕のような分析を用いれば、このような回りくどい説明をすることなく、なぜ窃盗罪と占有離脱物横領罪とが、占有離脱物横領罪の限度で重なり合うのかを、もっとすっきりと説明することができる。

〔図17〕によれば、窃盗罪の遂行が半分まで進み、「結果（1）」に至った時点で、客体は、従前の占有者の占有を離れ、占有離脱物になっている。そうすると、窃盗罪の後半部分である「実行行為（2）」から「結果（2）」に至る部分は、占有離脱

物について占有を取得するという過程である。そして、この部分だけを切り出して独立罪として規定したのが、占有離脱物横領罪である。<sup>(注6)</sup> そうすると、窃盗罪の遂行過程には、必然的に占有離脱物横領罪が含まれているのであるから、窃盗罪と占有離脱物横領罪とが後者の限度で重なるのは、論理的必然である。

このような事態を一目瞭然に理解させるという意味でも、大いに意味がある。

なお、上記の〔図17〕において、「結果（１）」と「実行行為（２）」との間は「因果関係」で結ぶべきだろうか。確かに「結果（１）」がなければ、「実行行為（２）」があり得ない、という意味では、「実行行為（２）」は「結果（１）」を前提としており、「あれば、これなし」の関係にあるようにも見える。しかし、占有離脱物が目の前にあったからと言って、不法領得の意思をもってその占有を取得することは、必然ではない。そこにまた行為者の決断が考えられる。次の強盗罪の構成要件をどう描くかという問題にもつながるが、ここに「因果関係」は必要ではないというべきであるように思われる。

## 9 強盗罪

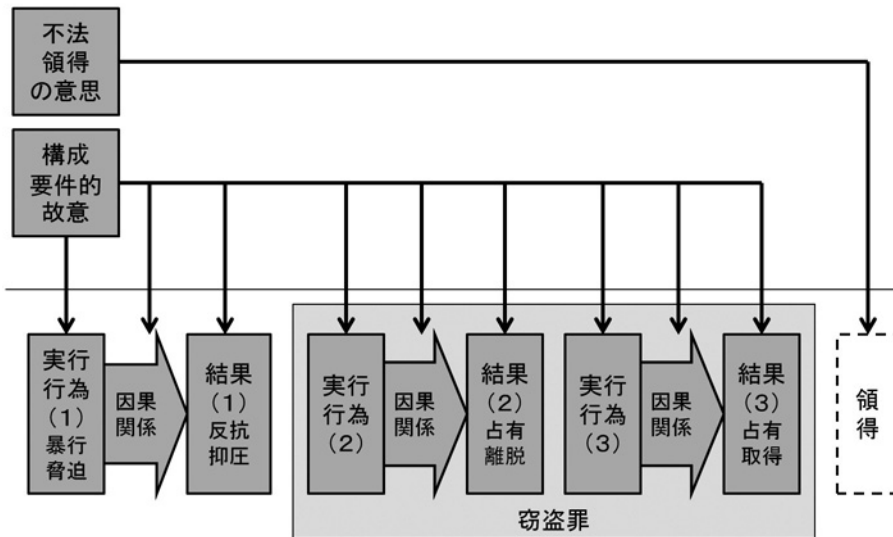
刑法第236条第1項は「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、五年以上の有期懲役に処する」として、強盗罪について規定する。

強盗罪は「結合犯」とであると言われ、暴行罪・脅迫罪と、窃盗罪とが結び付けられた構成要件であるとされる。しかし、単に暴行または脅迫が行われ、財物が窃取されればよいのではなく、暴行・脅迫の結果として相手方の反抗抑圧状態が作り出されたことが必要とされる。そうすると、次の〔図18〕のようになろう。

まず、この図では、相手方の反抗抑圧を「結果（１）」として、１つの「結果」として位置づけている。強盗罪の実行行為たる「暴行」または「脅迫」は、いずれも最狭義のそれを言い、相手方の反抗を抑圧する程度のものでなければならないと解されている。しかし、なぜそうなのか。この理由は、〔図18〕で描いたように「反抗抑圧」を１つの「結果」と位置づけるならば、それも「結果犯の実行行為は、原則として、結果発生の現実的危険のある行為でなければならない」という公式から導かれるものであることが明確となる。

次に、通説は、被害者の反抗抑圧と財物強取との間に因果関係が必要であるとす。しかし、判例はこれを不要とする。確かに、多くの場合「反抗抑圧がなければ、財物を奪うことができなかったであろう」といえるであろうが、しかし、その場合ですら、その状況があれば必ず行為者はその後の実行行為に及ぶというわけでもな

〔図18〕強盗罪



く、厳密な意味での相当因果関係は認めにくいように思われる。基本的に「結果→実行行為」という流れにおいては、因果関係は不要ではないか。

ところで、上記のように強盗罪の構成要件を描くことにより、次のような事例における説明が容易になる。

〔事例2〕Aは、人を殺してその所持品を奪うことを企て、ある日、暗がりで見伏せしてしていたところ、たまたまXが帰宅のために通りかかったので、いきなり背後から刺し殺し、死亡したXの懐中から、金10万円が入ったサイフを持ち去った。この場合のAの罪責いかな。

この〔事例2〕の場合、Aに強盗殺人罪が成立することについては、ほぼ争いはないであろう。ただ、Aに強盗殺人が成立するには、殺害行為の時にAに「強盗」の身分があったことが必要であり、少なくとも、強盗の実行に着手していたことが必要とされる。

ところで、Xを刺し殺すというのは、Xの反抗を抑圧する究極の手段であることは疑いない。しかし、Xが死亡した時点で、Xは「占有の意思」を失う。そうすると、死亡したXの懐中品からサイフを盗ってもそれは、占有侵害ではなく、占有離脱物を持ち去ったにすぎないことになる。そうすると、そもそもAの計画は「強盗」を意図したことにはならないのではないか、と問題提起される。

むろん、判例のように、殺害した犯人との関係では、被害者の死亡直後も生前の占有が保護に値するとしてそこに占有侵害を認める見解に立てば、切実な問題は起らない（最判昭41・4・8刑集20巻4号207頁<sup>(注7)</sup>）。しかし、このような修正理論を使わない立場では、問題となる。

この点に関しては、この場合、Xを刺し殺すその行為自体が、Xの反抗を抑圧するとともに、Xの意思に反してXから財物の占有を取得する行為なのであるから、Aは、やはりXを刺した時点で強盗未遂犯の身分を取得している、との説明がある。

しかし、Xを刺し殺した時点で、AがXの懷中物の占有を取得した、とすることには無理があると言われる。

では、どのように考えればよいか。上記〔図18〕で描いた理解を前提とするならば、この場合、次のように考えることができる。

まず、強盗罪において、被害者Xが生存している必要があるのは、「実行行為（2）」を行う時点である。この行為は、Xの占有下から財物の占有を離脱させる段階であるから、Xがすでに死亡し、財物が占有離脱物になっているのであれば、この「実行行為（2）」自体をAはすることができないからである。他方「実行行為（3）」をする時点では、すでに客体が占有離脱物になったことを前提に、その占有を取得するだけであるからXがすでに死亡していたとしても、まったく妨げとはならない。

そこで、この前提で考えるならば、Aは、Xを殺害することで、暴行を用いてXの反抗を抑圧するとともに、Aの占有を侵害し、財物を占有離脱物の状態にした、と解すればよい。つまり、Xを殺害するAの行為は、上記〔図18〕の「実行行為（1）」であるとともに「実行行為（2）」であると解することができる。しかし、これは「実行行為（3）」ではない。だから、Xが死亡した時点で、反抗抑圧（結果（1））と財物の占有離脱（結果（2））は実現されたものの、いまだAは、財物の占有を取得していない。Aが財物の占有を取得するのは、その後、Xの懷中からサイフを取り出し、持ち去った時点である。

このように考えることで、Aに対する殺人の実行の着手時点で、同時にAに強盗罪の実行の着手も認めることができるから、Aによる殺人は、普通殺人（刑法第199条）ではなく、強盗殺人（刑法第240条後段）と解することができることになる。

## 10 事後強盗罪

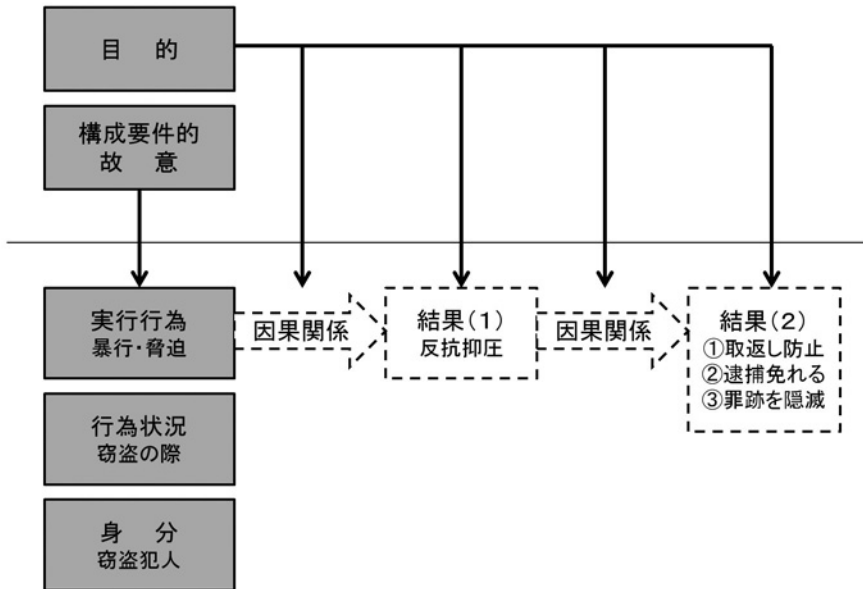
刑法第238条は「窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる」

として、事後強盗罪について規定する。

事後強盗罪については、これを身分犯と解するか結合犯と解するかをめぐって、鋭い学説の対立がある。そして、このことが、事後強盗の未遂とはどのような場合であるか、事後強盗の共犯をどのように扱うかなどの問題に影響を与える。<sup>(注8)</sup>

まず、事後強盗罪を「窃盗」犯人を身分とする身分犯と解する見解に立った場合、事後強盗罪の構成要件は、次の〔図19〕のように描くことができる。

〔図19〕事後強盗罪・身分犯説



まず、身分犯説では、窃盗犯人という「身分」が、条文上要求されていると見ることになる。

窃盗の際という「行為状況」は、条文上は要求されていないが、これは解釈上要求することになろう。

「実行行為」たる暴行・脅迫は、強盗罪と同様、最狭義のものと解されるが、そう解するのであれば、「目的」の内容としても、いわゆる「3目的」だけではなく、自己の暴行・脅迫により反抗抑圧を予期していたことが必要となろう。そう解することで、はじめて「相手方の反抗を抑圧するに足る程度の暴行・脅迫」でなければならないことが基礎づけられるように思われる。

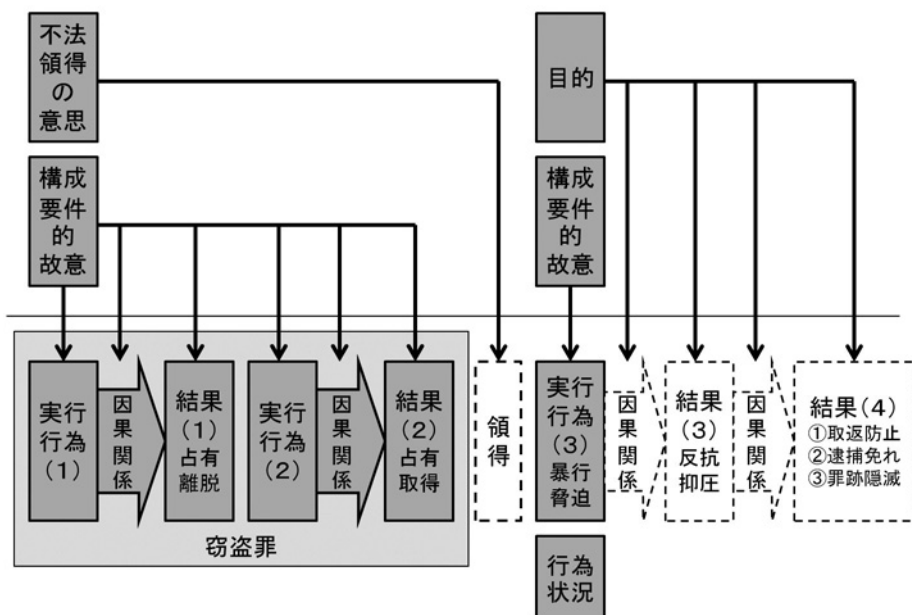
身分犯説に立つと、事後強盗罪は、挙動犯となり、暴行・脅迫を開始することで直ちに既遂に達すると解すべきことになる。「結果」がないため、実行に着手した

のにもかかわらず、「遂げていない」という事態を観念できないからである。

身分犯説の論者も、事後強盗罪の未遂があることを認め、基本犯たる窃盗罪が未遂である場合に未遂であると説明するが、これは刑法第43条の文言と正面から抵触しよう。

では、次に結合犯説では、どうか。

〔図20〕事後強盗罪・結合犯説



結合犯説によれば、事後強盗罪は、窃盗罪の構成要件要素に加えて、①行為状況、②実行行為、③構成要件の故意、④目的、の4つが付加された構成要件であると解することになる。

結合犯説によれば、事後強盗罪は、窃盗罪の構成要件を包含していることになるから、窃盗罪が未遂だと、事後強盗罪自身も構成要件要素を充足していないことになる。そのため、事後強盗罪も未遂となるのは、論理的帰結である。

結合犯説に対する最も痛烈な批判は、結合犯とは、そもそも「事前犯」であって、結合犯の故意をもって実行に着手した時点で全体についての未遂が成立するというのがその本来の狙いであるので、結合犯説によれば、行為者が「窃盗の後、もし捕まりそうになったら脅して逃げよう」と予期しつつ窃盗罪の実行に及んだ場合、事後強盗罪の未遂になるはずだ、というものである。むろん、結合犯説の論者は、この結論を是認しない。事後強盗の故意は、暴行・脅迫の時点で持って

いればよい一方で、暴行・脅迫に着手しなければ、事後強盗は未遂にもならないと解する。つまり、事後強盗未遂罪の成立にとって、暴行・脅迫は必須の要件であると解するのである。このような結合犯は、通常の結合犯とは異なるが、このような結合犯を許容してはいけないという理由はなく、「結果的結合犯」として認めてよいと主張する。

この点、翻って強盗罪について考えてみると、強盗罪においても、実行行為の一部が開始されれば未遂罪になるか、というと、必ずしもそうではない。例えば、次の事例である。

-----  
〔事例3〕 Aは、強盗の意図でXの家に侵入したところ、Xがよく眠っていたので、財物の物色を始めた。ところが、その後、Xが目を覚ましたので、強盗を意図して暴行・脅迫を加えたが、Xの抵抗が予想以上に激しかったので、何も盗らずに逃走した。

-----  
この事例3において、Aは、当初から強盗を意図しつつ、財物の物色を始めている。強盗罪の実行行為は、〔図18〕で示したとおり、①暴行／脅迫、②財物の占有を離脱させる行為、③占有を離脱した財物の占有を取得する行為、の3つと考えられるが、Aは、強盗の意図をもって②の実行行為を開始している。しかし、この時点で強盗罪の実行の着手を認めるという見解は存在しない。この時点では、窃盗罪の未遂となるにとどまるとされる。その後、Aが①の実行行為を開始した時点で、強盗罪の実行の着手を認め、Aははじめて強盗未遂罪となる。つまり、強盗罪の実行行為は3つあるものの、強盗未遂罪が成立するためには、①の実行行為を開始することが必須の要件と解されているのである。

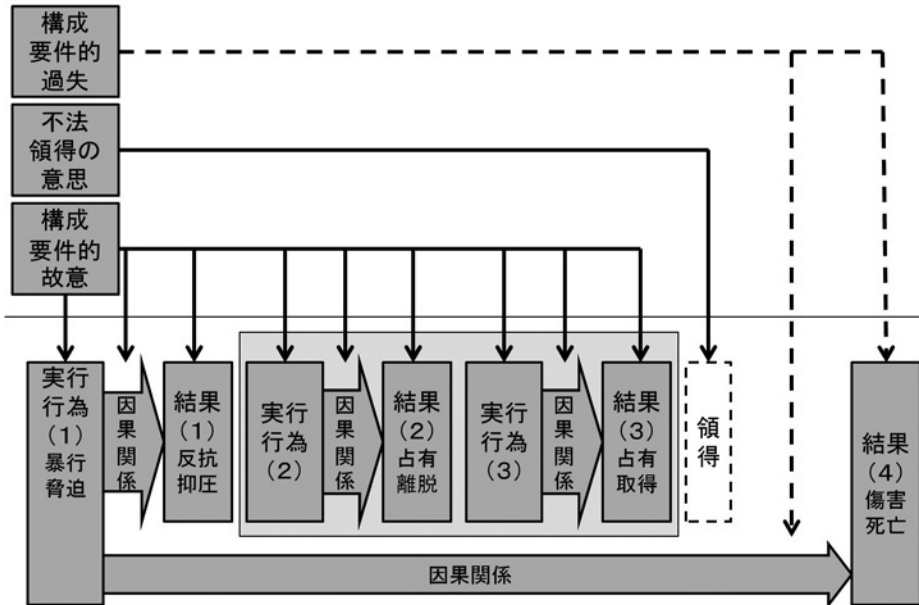
この説明は、事後強盗の意図を持っていたとしても、窃盗の実行行為を開始した時点ではまだ事後強盗罪の未遂は成立しない、とする結合犯説の説明とまったく変わらない。つまり、結合犯説は、この点につき何ら奇異な説明をしているわけではないのである。

## 11 強盗致死傷罪

刑法第240条は「強盗が、人を負傷させたときは無期又は六年以上の懲役に処し、死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する」として、強盗致死傷罪について規定している。

強盗致死傷罪は、強盗罪の結果的加重犯であろうか。もし結果的加重犯と考えるのであれば、その構成要件は、次の〔図21〕のように描くことができよう。

〔図21〕 強盗致死傷罪・結果的加重犯・手段説



強盗罪の構成要件に比べて付加されているのは、

- ①「結果（４）傷害・死亡」
  - ②「結果（４）」と「実行行為（１）暴行・脅迫」との間の「因果関係」
  - ③これらに対する「構成要件の過失」
- の３つである。

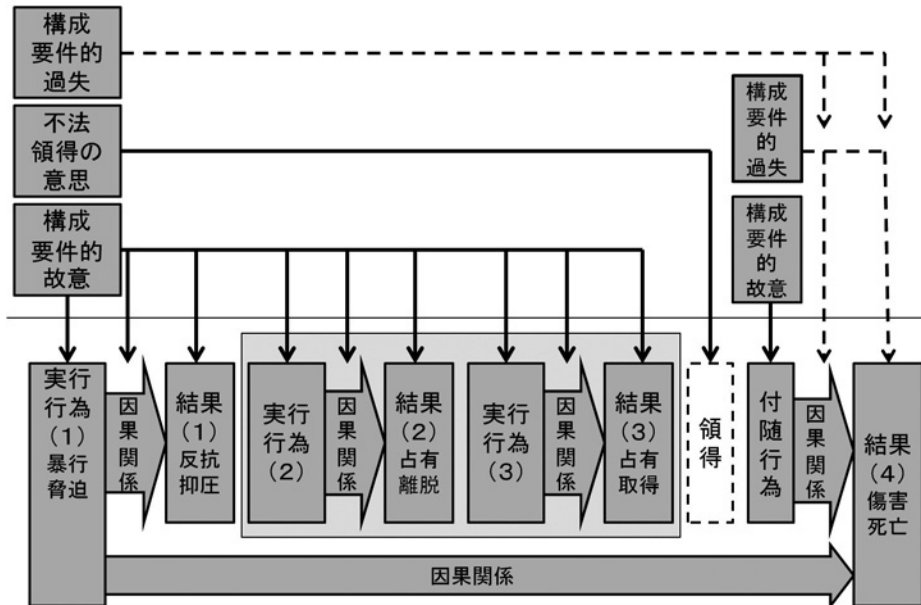
ただ、この〔図21〕では、死傷という結果は、暴行・脅迫から発生しなければならないことになる。したがって、これは「手段説」からの図である。しかし、死傷の結果は、強盗の機会に行われた暴行・脅迫から発生すれば足りるとする「機会説」が現在では一般的な支持を受けている。そこで、これに従って〔図21〕を書き直すと、次の〔図22〕のようになる。なお、図中では、強盗の機会に行われた暴行・脅迫を「付随行為」と表記した。

これによれば、強盗罪の実行行為である暴行・脅迫から死傷の結果が発生した場合だけでなく、強盗の機会にこれに付随して行われた暴行等から結果が発生した場合であっても、強盗致死傷罪が成立することになる。

もっとも、この場合には、結果的加重犯において「加重結果」は、基本犯の実行



〔図22〕 強盗致死傷罪・結果的加重犯・機会説



行為ではなく、基本犯の実行に付随して行われた行為から発生しても差し支えないのか、という根本的な問題が残る。判例は、このような結果的加重犯を認めている。しかし、なぜ結果的加重犯において重い結果が発生した場合に行為者に対して重い責任を科すことができるのか、という根本問題に遡って考える限り、この結論には疑問がある。

ところで、強盗致死傷罪については、これを強盗罪の結果的加重犯と構成するのではなく、強盗を身分とする身分犯と構成することも可能である。すなわち、刑法第240条前段の罪（強盗傷人罪）については「強盗」を不真正身分（加減的身分）とする傷害罪の加重類型、同条後段の罪については、「強盗」を不真正身分（加減的身分）とする傷害致死罪および殺人罪の加重類型と解するのである。

このような考え方に従って、強盗傷人罪について描けば、次の〔図23〕のようになる。

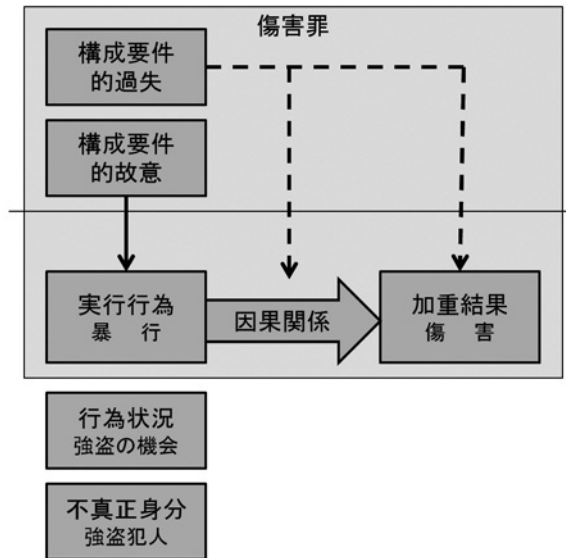
第240条後段の罪のうち、強盗致傷罪については、次の〔図24〕のようになる。

第240条後段の罪のうち、強盗殺人罪については、次の〔図25〕のとおりとなる。

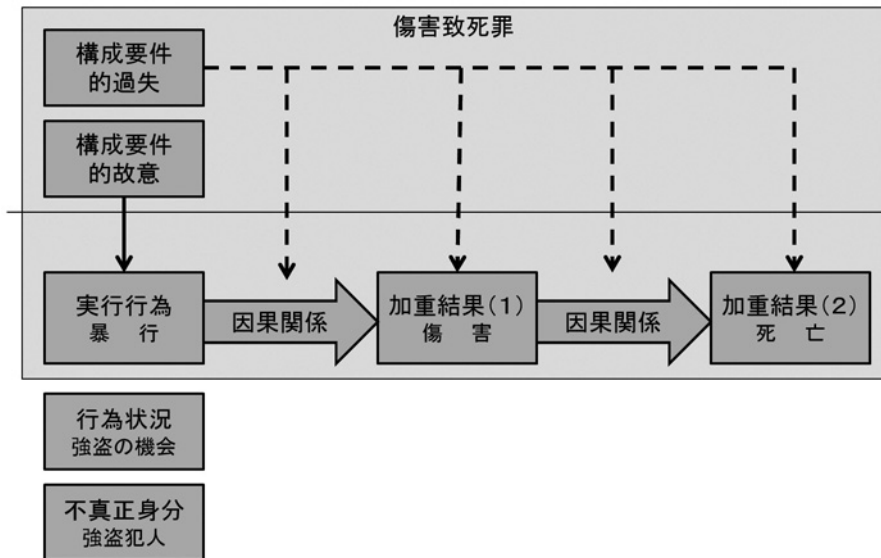
では、第240条の罪を結果的加重犯と構成するのと、身分犯と構成するのとでは、どちらが妥当であろうか。

結論的に言えば、身分犯構成のほうが優れているように思われる。少なくとも、

〔図23〕 第240条前段の罪(強盗傷人罪)・身分犯構成



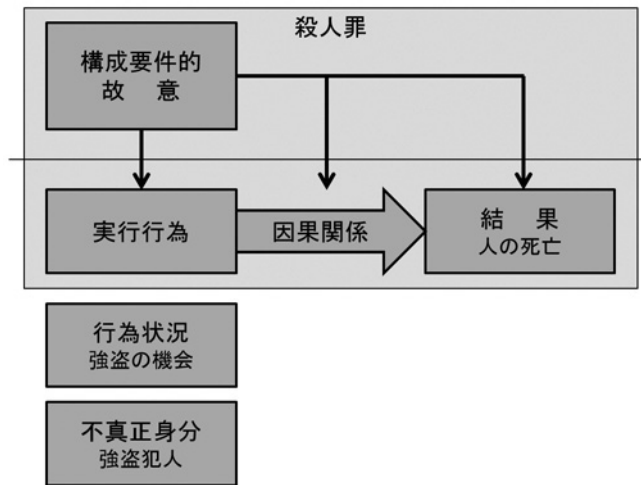
〔図24〕 第240条後段の罪(強盗致死罪)・身分犯構成



現在の判例・通説の結論を導くには、身分犯構成のほうが適する。

この点に関して、まず、第240条の罪の未遂とは、どのような場合かについて考えてみたい。刑法第243条は「第235条から第236条まで及び第238条から第241条までの罪の未遂は、罰する」と規定している。つまり、刑法は、第240条の罪に未遂

〔図25〕 第240条後段の罪(強盗殺人罪)・身分犯構成



が観念できることを前提とする。

では、第240条の罪の未遂とは、どのような場合か。<sup>(注10)</sup>

まず、考えられるのは、加重結果たる「人の死傷」は発生しているものの、強盗が未遂の場合である。これは、第240条の罪を「結果的加重犯」と解する場合には、自然と導かれる結論である。基本犯の「結果」も、構成要件要素であり、その結果が発生しておらず構成要件が充足されていない場合には「遂げ」ていないことになるからである。そこで、この場合を処罰する趣旨で、第243条は第240条の未遂を処罰すると規定したと解するのが、素直な解釈である。

しかし、強盗が未遂の場合に、強盗致死傷罪を未遂とすることについては、一般に支持されていない。重い結果である「人の死傷」が発生した以上は、強盗自体は未遂であっても、強盗致死傷罪は既遂であると解されている。その一方で、強盗致死傷罪の未遂とは、強盗殺人において、強盗犯人が故意をもって人を殺そうとしたが、殺すことができなかった場合であると言われる。

このような結論は、身分犯構成では、容易に導くことができる。まず、強盗自体が未遂となっても死傷の結果が発生すれば強盗致死傷罪は既遂であるとの点は、第240条の「強盗」という身分は、強盗の既遂犯人だけでなく、強盗の未遂犯人を含む、と解することで解決する。これにより、強盗が未遂の場合にも、死傷の結果が発生した場合には、第240条の構成要件要素は完全に充たされるから、第240条が未遂となる理由がない。

次に、強盗犯人が故意に人を殺そうとして殺し損ねたケースが未遂となることに

ついても、まさに、これこそが強盗殺人罪の未遂という類型であることは明らかである。第240条の罪の他の類型としては、強盗犯人による「殺人罪」のほか、強盗犯人による「傷害致死罪」、強盗犯人による「傷害罪」があることになるが、いずれも結果的加重犯であるから、その未遂というのは観念できない。そこで、第243条が処罰しようとしている第240条の罪の未遂とは、強盗殺人未遂に限られることになる。

このように、身分犯構成では、第240条の未遂は、強盗殺人の未遂であるという一般に支持されている結論を、容易に導くことができる。

これに対し、結果的加重犯構成では、まず、強盗が未遂の場合に、第240条の未遂とならないとの結論を導くのは、容易ではない。もちろん、基本犯が未遂であっても、加重結果が発生した場合に、結果的加重犯を認める例はある。例えば、強制わいせつ致死傷罪や強姦致致死傷罪は、その例である。しかし、強制わいせつ致死罪について定めた第181条第1項は「第176条若しくは第178条第1項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に処する」と規定し、同第2項は「第177条若しくは第178条第2項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、無期又は五年以上の懲役に処する」と規定しているのであって、強制わいせつ罪や強姦罪のみならず、強制わいせつ未遂罪や強姦未遂罪がその基本犯となることを明示しているのである。そうすると、このような明示がない場合に、「基本犯の未遂罪」を基本犯とする結果的加重犯を当然に許容することはできないであろう。そうすると、第240条の罪の場合、これを結果的加重犯と構成するときは、強盗が未遂の場合には、やはり第240条の罪の未遂とせざるをえないように思われる。

次に、強盗犯人が故意に人を殺そうとしたが、殺し損ねた、という場合についても、これを強盗殺人未遂として第240条の未遂として処罰することは、結果的加重犯構成では、難しいように思われる。まず、この前提として、第240条後段の場合に、強盗犯人が故意に人を殺す場合（強盗殺人）を含むかという論点がある。<sup>(注11)</sup>この点については、これを肯定するのが現在では一般的な見解であり、この結論自体は、結果的加重犯構成でも、導くことはできる。本来、結果的加重犯は、行為者が加重結果の発生について予見を欠いていた場合を処罰しようとするものであり、それゆえに、主観的要件としては、加重結果に対する予見（構成要件の故意）は要求されず、せいぜい予見可能性（構成要件の過失）が要求されるにとどまる。しかし、「要求されていない」ということは、「あってはならない」ということではない。つ

まり「加重結果に対する予見のないこと」は、結果的加重犯の構成要件要素ではない。それゆえ、仮に、結果に対する予見が行為者に存在していたとしても、そのために結果的加重犯の構成要件に該当しなくなる、というわけではない。したがって、第240条後段を結果的加重犯と構成したとしても、第240条後段によって故意ある場合を処罰できなくなるわけではない。しかし、未遂となると別である。あくまで第240条後段を結果的加重犯と解する場合は、仮に、行為者に被害者殺害の意図があったとしても、それを構成要件的に評価する枠組みがない。行為者が「予見可能性」を超えて「予見」していたとしても、結果的加重犯には、そのことを格納する「容器」がないのである。それゆえ、その「溢れた部分」は、殺人未遂罪において補足し、強盗罪あるいは強盗致傷罪と別に、殺人未遂罪を成立させることで評価するほかないことになる。

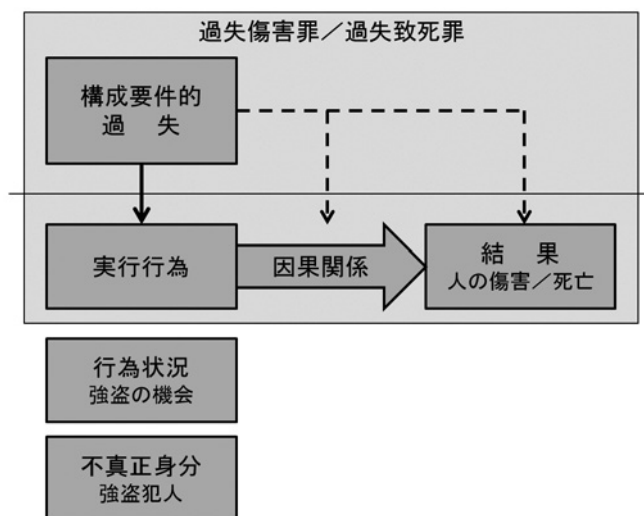
以上のとおり、強盗致傷罪について現在一般的に支持されている結論を基礎づけるためには、結果的加重犯構成よりは、身分犯構成のほうが優れているように思われる。

なお、2つの問題について触れておきたい。第1は、身分犯的構成を採用した場合、暴行ではなく、脅迫行為から死傷の結果が発生した場合、強盗致死傷罪が成立することになるかである。この問題は、強盗致死傷罪の構成というよりは、そもそも「傷害罪」をどのように構成するかの問題である。判例は、傷害罪をもっぱら暴行罪の結果的加重犯とするが、通説は、これに加え、故意犯としての傷害罪を認め、この場合の実行行為は、暴行——すなわち人の身体に直接向けられた有形力の行使——に限られず、人の身体を傷害させる現実的危険のある行為であれば、無形力をも含むことになる。そして、結果的加重犯と故意犯の2つのタイプの傷害罪が第204条において規定されているとする。このように解する場合は、傷害罪を基本犯とする傷害致死罪においても、またこれらの不真正身分犯である強盗致死傷罪においても、脅迫行為から死傷の結果が発生した場合が含まれることになる。ただし、この場合は、暴行による場合とは異なり、自己の行為から傷害の結果が発生することについての故意が必要とされることになる。

第2は、強盗致死傷罪が成立するためには、少なくとも暴行の故意が必要かという議論があり、これを否定し、過失があればよいとする見解が存在することである。仮にこのような見解を採用する場合、身分犯構成ではどのように対応するのかである。この点、私見自体は、このような見解に与するものではないが、仮にこの見解を採用する場合は、強盗致死傷罪は、傷害罪、傷害致死罪、殺人罪の不真正身分犯

であることに加え、過失傷害罪、過失致死罪の不真正身分犯であると解することで対応することができる。これについて構成要件を描けば、次の〔図26〕とおりとなる。

〔図26〕 第240条の罪(過失傷害罪・過失致死罪の不真正身分犯)

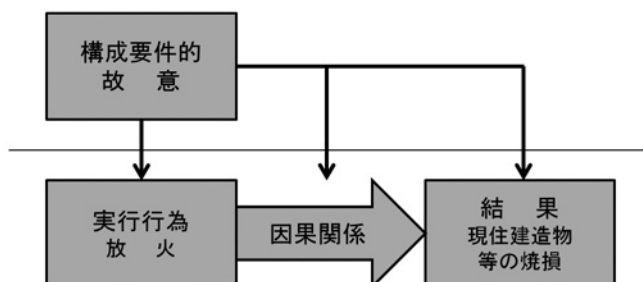


## 12 現住建造物等放火罪

刑法第108条は「放火して、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を焼損した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する」として、現住建造物等放火罪について規定する。

この場合の構成要件は、次の〔図27〕ように描くことができる。

〔図27〕 現住建造物等放火罪



現住建造物等放火罪は、上図によれば、結果犯・故意犯の典型的な形をしていることになる。その実行行為は、結果犯の実行行為に関する一般的な公式（＝結果犯の実行行為は、原則として、結果発生の現実的危険のある行為）に従えば、現住建

造物等を焼損する現実的危険のある行為ということになる。

ところで、現住建造物等放火罪は、抽象的危険犯であり、伝統的な通説は、同罪において公共危険の発生は擬制されると説明する。

しかし、判例は「放火罪は素と公共の危険に対する犯罪なるを以て、刑法第108条及第109条第1項に規定せる放火罪に在ては其行為中に当然公共に対する危険を包含するものとして、特に公共の危険を生ぜしめたる事実を以て犯罪構成の要件と為さず……」（大判明44・4・24刑録17輯655頁。原文カタカナ書き）と述べている。これは、一見すると前述した伝統的な通説と同様のことを述べているようにも見えるが、むしろ108条の客体や109条1項の客体に対して「放火」する行為には当然に「公共の危険」が含まれているから、その実行行為と独立に「公共の危険」を要件とはしていない、と読むのが素直であろう。

「公共の危険」の意味につき、通説は、「不特定または多数の生命・身体または重要な財産に対する侵害の可能性」とするが、上記判例は「一般不特定の多数人をして前掲第108条及第109条の物件に延焼する結果を発生すべき虞ありと思料せしむるに相当する状態」だとする。これは、第108条や第109条（第1項）の物件を焼損する現実的危険性と言い換えることができるのではないだろうか。そうだとすれば、それは、前述した結果犯の実行行為の一般的な公式により、108条の放火罪や、109条1項の放火罪の実行行為には当然に含まれていることになるから、判例は、当然の事理を述べていることになる。

### 13 非現住建造物等放火罪（2項）

刑法第109条は、その第1項において「放火して、現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物、艦船又は鉱坑を焼損した者は、二年以上の有期徒刑に処する」として非現住建造物等放火罪について規定し、その第2項において「前項の物が自己の所有に係るときは、六月以上七年以下の懲役に処する。ただし、公共の危険を生じなかったときは、罰しない」と規定する。

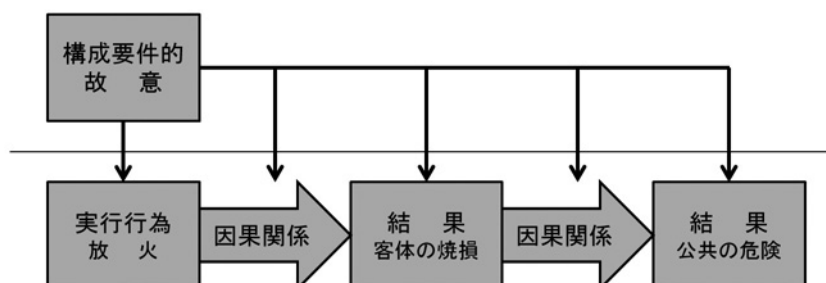
それゆえ、客体が自己の所有物であるときは——第115条が適用される場合を除き——行為者は、公共の危険が発生しなければ処罰されることはない。しかし、この場合の「公共の危険」が構成要件要素なのか、処罰条件なのかをめぐって、判例・学説に争いがある。また、この争いを基礎として、第109条第2項の場合において行為者には「公共の危険の認識（予見）」が必要かが争われている。

通説は、「公共の危険」を構成要件要素と解したうえで、行為者は構成要件の故

意の内容として「公共の危険」の発生を認識（予見）していたことが必要であるとする。他方、判例およびこれを支持する少数説は、これを処罰条件と解することで、行為者は自己の行為から「公共の危険」が発生することを認識（予見）している必要はないとする。

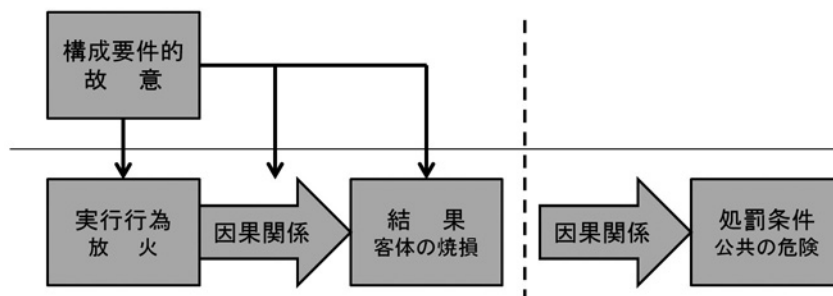
第2項の場合の構成要件を、通説に従って描くと次の〔図28〕のとおりとなろう。

〔図28〕非現住建造物等放火罪(2項)・通説



これに対し、判例・少数説によれば、第2項の場合の構成要件は、次の〔図29〕ようになろう。

〔図29〕非現住建造物等放火罪(2項)・判例



判例を支持する認識不要説は、認識必要説に対し、「公共の危険の認識」があるということは、結局は「108条や109条1項の客体への延焼の認識」があるということと同じではないか、と批判する。もしこの指摘が正しいとすると、109条2項の故意の要素として「公共の危険の認識」を要求することは、109条2項の成立に108条や109条1項の故意を要求することとなってしまう、おかしい結果となる。では、この指摘は正しいか。

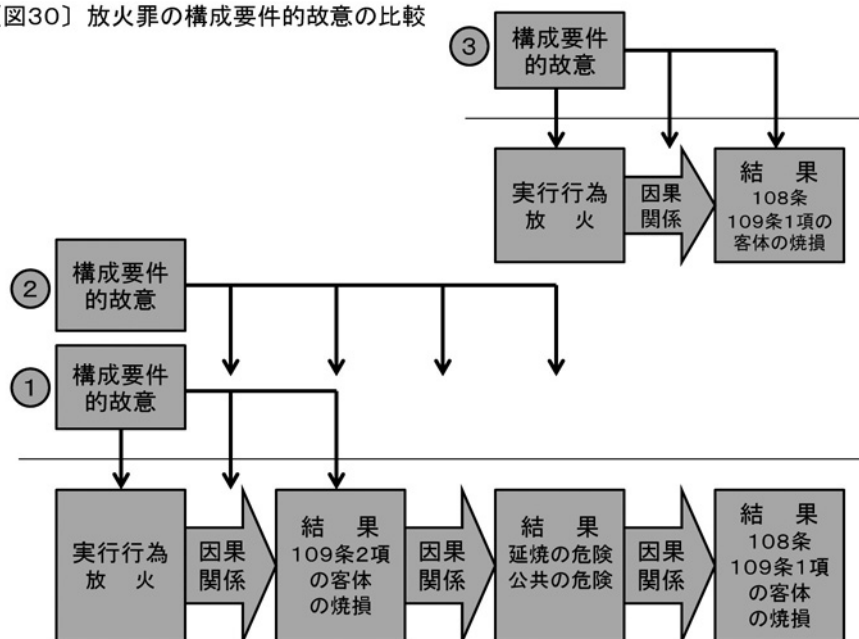
この点は、結局のところ「108条や109条2項の客体に延焼することの予見はない



が、公共の危険の認識（予見）はある」という心理状態を観念することができるか否かによる。

この点は、次の〔図30〕のように比較すると解りやすいであろう。

〔図30〕放火罪の構成要件の故意の比較



図中の①が判例・少数説による、108条2項の罪の構成要件の故意であり、②が通説の主張する同罪の構成要件の故意である。そして、③が108条の罪・109条1項の罪の構成要件の故意である。

108条の罪・109条1項の罪の場合、実行行為は、それぞれ108条の客体を焼損する現実的危険のある行為、109条1項の客体を焼損する現実的危険のある行為でなければならない。そこに要求されている危険は「公共の危険」と同義であり、また、延焼の危険とも同義である。

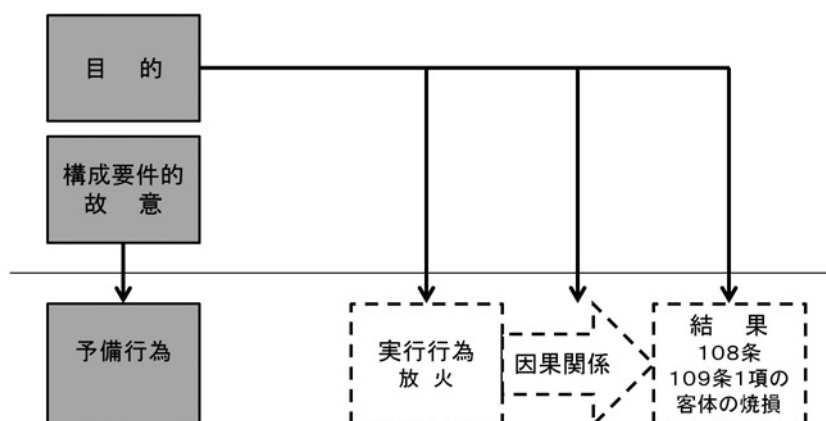
したがって、108条の罪・109条1項の罪の場合「実行行為」の認識は、公共の危険の認識を含むことになるが、それだけでは構成要件の故意として充分ではなく、結果（108条・109条1項の客体が焼損すること）の予見が必要とされる。

他方で、109条2項の罪の構成要件の故意の内容として「公共の危険の認識」を含めたとしても、それは108条や109条1項の罪の故意とは異なる。それは「延焼の危険の認識」であって、「延焼の認識」ではないからである。したがって、前述のような通説に対する批判は正しくないことが、上図によってわかる。

## 14 放火予備

刑法第113条本文は「第百八条又は第百九条第一項の罪を犯す目的で、その予備をした者は、二年以下の懲役に処する」として、放火予備について規定する。これについては、次のように描くことができる。

〔図31〕 放火予備



予備罪の場合は、事後に予定されている本罪の実行が「目的」として要求されている。行為者が実行に着手し「未遂」の段階に至ると、それまで目的の一部であった「実行行為の予期」という心理状態は、客観的事実を得るとことによって「目的」から「構成要件の故意」に移行することになる。さらに、犯罪の遂行が進み、結果が発生すると「結果・因果関係の予期」までが、すべて「目的」から「構成要件の故意」に移行することになる。行為者の内心の心理状態は、何ら変わりがないが、客観的な事態の推移によって、主観的構成要件要素としての位置づけが変化するのである。

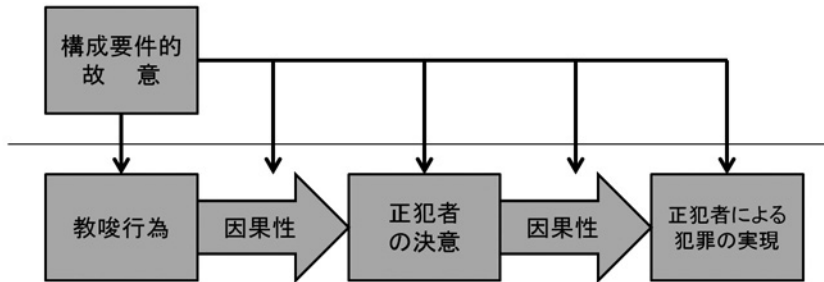
## 15 教唆犯

刑法第61条第1項は「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」として、教唆犯について規定する。教唆犯の構成要件については、基本的には、次の〔図32〕のように図式化できると考えられる。

条文上は「実行させた」と書かれているにすぎないが、既遂罪の教唆犯が成立するためには、実行に着手するだけではたりず、結果が発生しなければならないことは疑いない。

「教唆行為」と「正犯者の決意」、「正犯者の決意」と「正犯者に犯罪の実現」を

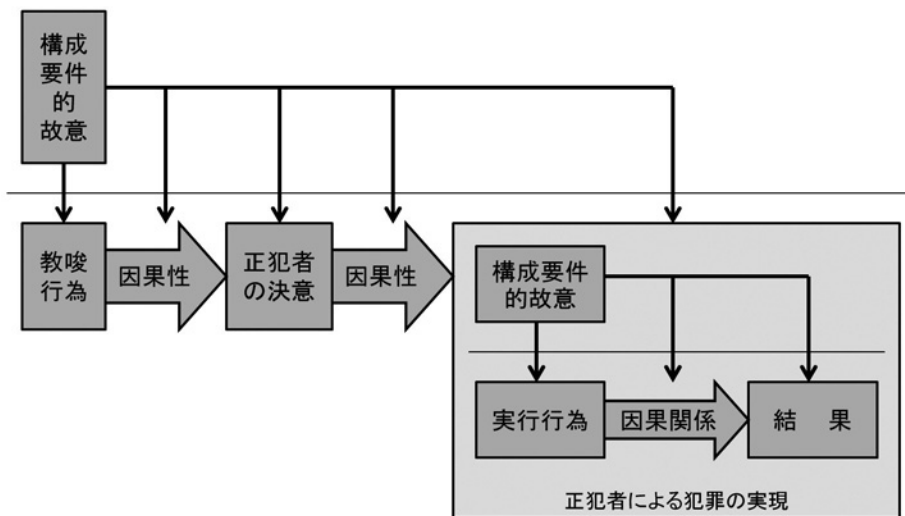
〔図32〕 教唆犯



結ぶのは「因果関係」ではなく、この場合「因果性」となる。心理的な影響力だからである。

「正犯者による犯罪の実現」の部分を展開すると、次の〔図33〕のように描くことができる。

〔図33〕 教唆犯(既遂罪の教唆)

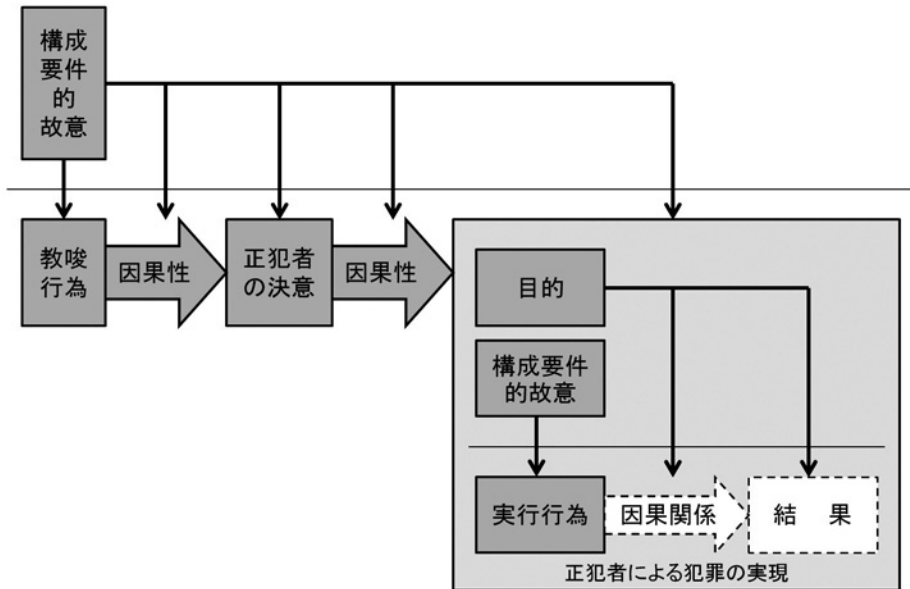


構成要件の故意は、構成要件に該当する客観的事実を認識（し認容）することと解され、その認識・予見は、客観的構成要件要素の全範囲に及ばなければならないと解する以上は、<sup>(注13)</sup> 教唆の故意においても、教唆者は、正犯者が実行に着手するところまでではなく、正犯者がその実行行為によって結果を発生させるであろうことまでも予見していなければならない、<sup>(注14)</sup> というのが論理的な帰結である。

教唆の対象が未遂罪である場合には、次の〔図34〕のようになる。

この場合、正犯者には、結果の発生を予期していたという意味での「目的」が必

〔図34〕 教唆犯(未遂罪の教唆)



要とされ、教唆者には、その構成要件の故意の内容として、「正犯者が結果を発生させるつもりであること」についての予見が必要であるが、教唆犯自身についてはその構成要件の故意の内容としては「結果の予期」は必要はないことになる。<sup>(注15)</sup>

問題は、未遂罪の教唆の場合に、その教唆犯自身に、結果の予期という「目的」が必要かという問題である。これを肯定するならば、未遂罪の教唆犯が成立するためには、教唆犯自身が結果を予期していたことが必要となる。

この問題は、より一般化して言えば、目的犯の教唆犯が成立するためには、教唆犯自身に目的が必要かという問題といえる。これは、目的犯における目的が、どのような機能を担っていると考えるかによって変わってくるであろう。<sup>(注16)</sup>

なお、教唆犯・従犯のような狭義の共犯の場合に、正犯者との間の意思の連絡というものが主観的構成要件要素として要求されるかという問題がある。従犯については、片面的従犯を認めるのが判例・通説であり、これによれば少なくとも従犯については必要ないということになろう。教唆犯については、判例・通説も、片面的教唆を認めないが、しかしこの場合でも従犯と同様に解するならば、教唆の場合も正犯者との間の「意思の連絡」が独立の主観的構成要件要素とされているわけではないが、「教唆」という行為が片面的な態様になじまないという意味で、片面的教唆は否定されている、と説明することになろう。

### 第3 結 語

1 これまで刑法学において、犯罪構成要件に対する要件事実的な分析が不十分であった——少なくとも、学生が手にすることができる教科書・体系書においてそれがなされていなかった——は、どのような理由によるものであろうか。いくつかの理由が考えられる。

より重要な問題として、保護法益や法的性質に対する議論、判例への言及が優先したこと、これについてある程度の記述を割き、しかも書籍の分量を一定に程度に抑えようとする、そのようなことをする余裕はなかった、ということが一番大きな理由かもしれない。

また、要件事実的な分析は、実務において意味をもつに限られ、しかも、刑法の場合は、もっぱら検察官が主張・立証責任を負うから、検察官に研究させておけばよいという考えも働いていたかもしれない。

2 また、近年は、教科書で図を使うものが増えてきたが、従来はほとんどなかった。そこには「図を用いて説明すると格調が落ちる」という考えも働いていたかもしれないし、また、縦書きが主流であったころは、本文と図とを調和させることが難しかったという事情もあったのかもしれない。

しかし、まさに「百聞は一見にしかず」であり、図による説明は学生の理解を大いに助ける効果がある。そもそも法制度は、有機的な構造物であり、これを一次元的な表現である文章だけで説明しようとすれば、著者はこれを分解して表現し、読者はこれを読んで自分の頭の中で再構成する必要がある。ここには常に負担が伴い、誤解が忍び込む余地がある。二次元的に表現できるものは、できる限りそうした方が、理解しやすいのは当然である。

3 以上により、要件事実的な分析・整理およびこれを基礎とした構成要件の図式化は、刑法教育上もっと活用されてよいと考える次第である。

(注1) 団藤重光・刑法綱要総論〔第3版〕(1990年)(以下「団藤・綱要総論」という)337頁。

平野龍一・刑法 総論Ⅰ(1972)(以下「平野・総論Ⅰ」という)56頁。大塚仁・刑法概説(総論)〔第3版〕(1997年)(以下「大塚・概説総論」という)196頁。前田雅英・刑法総論講義〔第5版〕(2011年)(以下「前田・総論講義」という)93頁など。

(注2) 団藤重光・刑法綱要各論〔第3版〕(1996年)(以下「団藤・綱要各論」という)419頁、大塚仁・刑法概説(各論)〔第3版〕(1996年)(以下「大塚・概説各論」という)35頁など。逆に、身体への接触を要求する見解として、山口厚・刑法各論〔第2版〕(平成22年)(以下

「山口・各論」という) 44頁など。

(注3) 団藤・綱要各論412頁, 大塚・概説各論27～8頁, 山口・各論47頁など。

(注4) 団藤・綱要各論613頁は「定型的な因果関係が必要である」という。

(注5) 団藤・綱要各論577頁, 大塚・概説各論194～5頁, 山口・各論196頁など。

(注6) 日高義博・刑法各論講義ノート〔第3版〕(2005年) 115頁。占有離脱物横領罪は、横領罪よりは「窃盗罪に近接する犯罪」であるとする。

(注7) 最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁。前田雅英・刑法各論講義〔第4版〕(2008年) 211～2頁は、この場合に強盗殺人罪の既遂を成立させる構成として、相続人の占有が害されたとする構成、死者にも占有があるとする構成、殺害の瞬間に占有が行為者に移転するとの構成、全体的に観察して被害者が生前に有していた占有が死後に害されたとする構成などが主張されてきたことを紹介している。

(注8) 伊藤研祐「事後強盗の共犯」西田典之・山口厚編・刑法の争点〔第3版〕170～1頁参照。

(注9) 団藤・綱要各論594頁, 大塚・概説各論230～1頁。

(注10) 団藤・綱要各論596頁, 大塚・概説各論231頁, 山口・各論240～1頁。殺人が未遂に終わった場合に加え、強盗が未遂に終わった場合についても240条後段の罪の未遂とする見解に、平野龍一・刑法概説(1977年) 211頁など。

(注11) 団藤・綱要各論595頁, 大塚・概説各論228～9頁。

(注12) 西田典之・刑法各論〔第3版〕(平成18年) 273頁。もっとも、同書〔第5版〕(平成22年) 299～300頁では「公共の危険の内容が既述のように他の物件への延焼の危険であるとすれば、その認識を要求することは、むしろ、108条・109条1項の故意を要求することにならざるをえないように思われる。それは、結果的加重犯である傷害致死罪の致死の結果について、その具合的危険の認識を要求すれば、結局、殺人の故意を認めることとならざるをえないのと同様である」とされている。

(注13) 構成要件の故意が認められるためには、構成要件に該当する客観的事実の全部を認識・予見しなければならないと解するのが一般的な理解である。例えば、団藤・綱要総論293～4頁は「故意が成立するためには、まず、行為者が構成要件に該当する事実を表象し、かつその事実の発生を認容したことを要する。……(中略)……構成要件に該当する客観的事実は、行為(行為主体、行為客体、行為状況をも含めて)、結果および両者のあいだの因果関係のすべてに及ぶ。行為者がこれらの全部を表象——こまかくいえば現在の事実については認識、将来の事実については予見——したのでなければ、故意があったとはいえない」と説く。また、平野・総論I 161頁も「まず『構成要件に該当する事実』については、全面的にその認識が必要である」とする。

(注14) ところが、教唆の故意に関しては、見解が分かれる。まず、団藤・綱要総論406頁は「教唆の意思は、教唆者に犯罪を実行する決意を生ぜしめる意思であることを要し、かつそれで十分であると解するべきである」とする。この見解では、被教唆者が実行行為に出るものの予見すら不要となる。また、大塚・概説294頁は「教唆犯の故意は、自己の教唆行為によって、被教唆者が特定の犯罪を犯すことを決意し、かつ、その実行に出ることを表象・認容することである」とする。この見解では、被教唆者(正犯者)が実行に出るものの予見は必要であるが、結果を発生させるものの予見までは必要でないということになる。これらは「未遂の教唆の故意」についての特有の問題としてではなく、教唆犯一般の「教唆犯の故意」の問題として語られている。

(注15) 未遂の教唆が可罰的であるか否かをめぐっては、争いがある。団藤・綱要総論407頁は「教唆行為は基本的構成要件の実行行為ではなく、したがって教唆の意思も基本的構成要件についての故意ではない。それは、被教唆者に犯罪を実行する決意をおこさせる意思で足りるのである。はじめから未遂に終わらせるつもりであっても、この要件に欠けるところはない」と説き、肯定説に立つ。これに対し、平野龍一・刑法 総論Ⅱ（1975年）350頁は、同じく肯定説に立ちながらも、そうではなく「この場合も、正犯に未遂行為を行わせることによって、結果発生危険性を生ぜしめたことが、『結果』なのであり、教唆者もその結果の発生を認識していたのであるから、主観的要素としても欠けるところがないのである」と説明する。本文で述べたことは、この説明と沿う。

(注16) 山口・総論317頁は「教唆の故意の要件としては、正犯に対する犯罪遂行意思の惹起の認識・予見と共に、一般に未遂が成立するために既遂惹起の意思が要求されることと同じく、正犯による既遂惹起の認識・予見が必要である。これは、教唆の処罰根拠が正犯を介した構成要件該当事実の惹起にあると解することによる。それゆえ、正犯と同じ認識・予見がなければ、教唆の故意を肯定することはできないのである」として、未遂の教唆について教唆犯の成立を否定する見解に立つ。また、西田典之・刑法総論〔第2版〕（平成22年）339頁も「共犯の処罰根拠が正犯結果との因果性にあるとすれば、共犯の故意は当然に正犯結果を認識・認容するものでなければならない」として、未遂の教唆を否定する。しかし、未遂罪の処罰根拠は、構成要件的结果発生危険を発生させたことにあり、未遂の教唆の場合にも、教唆者にその予見は存在する。因果共犯論に立っても、この点に問題はない。この場合の問題は、正犯者には、結果の発生を予期したという心理状態（超過的内心傾向）があるものの、教唆者にはそれがないという点である。これが本来的な意味での「故意」ではなく、いわば「目的」とであると正しく整理されれば、問題設定は本文で述べたようなものとなろう。